

SISTEMA ACUSATÓRIO E GARANTISMO – UMA BREVE ANÁLISE DAS VIOLAÇÕES DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

WAGNER MARTELETO FILHO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

RESUMO: O artigo tem por escopo identificar o núcleo fundante dos sistemas inquisitivo e acusatório e, a partir daí, apontar as normas processuais violadoras do sistema acusatório, rotulando-as como inconstitucionais. Inicialmente, assumiremos uma posição epistemológica alinhada ao garantismo. Em seguida, apresentaremos um esboço histórico e passaremos a estudar os sistemas processuais inquisitivo, acusatório e misto, ocasião em que trataremos das características fundamentais de cada um deles. Realizaremos, então, uma breve análise do mito da verdade real, no escopo de sustentar que a gestão da prova pelo juiz é uma característica do sistema inquisitivo. Por fim, apontaremos as normas processuais que entendemos violadoras do sistema acusatório, em especial os artigos 28, 156, 384, 385 e 574, incisos I e II, do Código de Processo Penal, e sustentaremos a inconstitucionalidade dessas.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas inquisitivo e acusatório; núcleo fundante; violações; produção de provas de ofício.

ABSTRACT: This paper aims at identifying the funding nucleus of the inquisitorial and accusatory systems and from then on, this paper points out processual laws that have violated the accusatory system, labelling them as unconstitutional. At first, one has an epistemologic position, aligned to the garantism. After that, one will present a historic summary and after one will study the inquisitorial, accusatory and mixed processual systems, occasion when one will deal with the fundamental characteristics of each. A brief analysis of the real truth myth will be made, in order to support the fact that proof managed by the judge is a characteristic of the inquisitorial system. One will finally point out the procedural norms one understands as violators of the accusatorial system, specially the articles 28, 156, 384, 385, and 574, section I and II, from the Criminal Procedural Code, therefore, one will sustain the inconstitucionality of those.

KEY WORDS: Inquisitive and accusatory systems; fundanting nucleo; violations; production of proofs of charge.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma tomada de posição epistemológica. 3. Sistemas processuais. 3.1. Escorço histórico. 3.2. Características do sistema inquisitivo. 3.3. Do sistema misto. 3.4. Características do sistema acusatório. 3.5. A gestão da prova como núcleo fundante. 3.6. O mito da verdade real. 4. Das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal. 4.1. As influências do dogma da verdade real e a gestão da prova pelo juiz. 4.2. A atribuição de poderes instrutórios ao juiz. 4.3. Da autorização para início do processo sumário de ofício. 4.4. Do recurso de ofício. 4.5. Da inexistência do princípio da identidade física do juiz e da conseqüente ofensa da Oralidade. 4.6. Da possibilidade de condenação na ação penal pública nas hipóteses de requerimento de absolvição pela acusação. 4.7. Da *mutatio libelli*. 4.8. Do artigo 28 do CPP e do indevido controle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A doutrina brasileira ainda se revela bastante divergente acerca da identificação do núcleo fundante do sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal. Para a maioria dos autores tradicionais, a separação das funções de acusar e julgar já se apresenta como suficiente para a identificação do sistema acusatório. A gestão da prova, para estes, não se erige em categoria identificadora do sistema, o que possibilita a produção de provas pelo juiz, *ex officio*, sem a ruptura do princípio acusatório. Contudo, vozes divergentes começam a ecoar, defendendo que a gestão da prova pelas partes compõe o núcleo fundante do sistema acusatório e sustentando que a produção de provas de ofício pelo juiz é característica essencial do sistema inquisitivo.

O presente artigo, identificando-se com referida posição minoritária, tem por objetivo apontar as normas processuais que violam o sistema acusatório, quer seja por conferirem poderes instrutórios ao juiz (artigo 156 do Código de Processo Penal, *verbi gratia*), quer seja por facultarem a este a modificação substancial da acusação (*mutatio libelli*), quer seja por viabilizarem a atuação jurisdicional de ofício (recurso de ofício).

A defesa intransigente de um sistema garantista passa pelo desvelo da ideologia por trás das normas processuais, especialmente das legisladas em um momento histórico ditatorial, como o foi o da edição do Código de Processo Penal. Para tanto, parte-se da identificação de uma opção epistemológica de viés garantista. Em seguida, após um breve escorço histórico, analisam-se as características essenciais dos sistemas inquisitivo, misto e acusatório. Por fim, são apontadas as normas processuais consideradas violadoras do sistema acusatório, presentes no Código de Processo Penal, sustentando-se a inconstitucionalidade dessas.

2. Uma tomada de posição epistemológica

A pesquisa sobre os sistemas processuais só parece válida e útil se voltada a desvelar o caráter ideológico das normas processuais penais, bem como de determinados posicionamentos doutrinários tradicionais, máxime em níveis *manualísticos*, e a propor uma mudança de eixo epistemológico, que parte do pressuposto de que a *verdade real é irreal*, e de que o juízo, porquanto sempre recognitivo, sustenta-se na *verossimilhança*.

Nesse sentido, é preciso compreender que sentença deriva de *sentire*, não passando da expressão de um estado subjetivo do julgador. Tal estado subjetivo tanto pode traduzir dúvida como certeza (do julgador), mas nunca será capaz de revelar *verdade* alguma. O processo, portanto, enquanto instrumento necessário para a atuação da jurisdição e do próprio exercício legítimo do *jus puniendi*, deve ser encarado, essencialmente, como um *instrumento de limitação do poder de punir do Estado* e de *garantia dos direitos fundamentais* do réu (*instrumentalidade constitucional do processo*), e não como um instrumento de produção da inatingível *verdade real*.

A utilização do processo para a descoberta da verdade real, como veremos algures, seguindo Foucault, implica reduzi-lo a um *instrumento de justificação de poder*, porquanto a verdade, no mais das vezes, confunde-se com o *saber oficial*. Daí a preocupação para com o estudo dos *sistemas processuais*, visto que somente em um sistema *verdadeiramente acusatório* – onde a preocupação central é voltada para a *legitimidade dos meios* e não para os *fins* – é possível resguardar a *imparcialidade* do órgão jurisdicional (garantia da jurisdição) e o respeito à dignidade do acusado, fundada esta no princípio da *presunção de inocência*.

Vivemos, como se sabe, um momento de extrema pressão midiática por mudanças no processo. Porém, o eixo das mudanças propostas é sempre no sentido de tornar mais eficiente, infalível e rigoroso o exercício do *jus puniendi*. O que se pretende, indistintamente, é que haja um aumento de réus condenados. Não há preocupação alguma para com a efetivação de garantias constitucionais, até mesmo porque os representantes dos movimentos punitivistas, partindo de um enfoque penal *substancialista* (FERRAJOLI, 2002), sempre enxergam no criminoso (e no réu!) a figura do homem *mal, perverso e doente*.

Não é difícil concluir que tais anseios encontram respostas mais adequadas em um *sistema inquisitivo*, onde a preocupação central é para com os *fins* e não para com a *legitimidade dos meios*; onde o juiz é livre para, sem *eias nem peias*, perseguir a mitológica *verdade real*¹ a qualquer custo, ainda que ao preço da absoluta aniquilação de sua imparcialidade; onde as garantias relacionadas à legitimidade da coleta da prova são cada vez mais esvaziadas, beirando-se a autorização da tortura

¹ O princípio da *verdade real* ou material é tido, por grande parte da doutrina, como particular do processo penal, no qual o juiz deve sempre buscar esclarecer a realidade do fato ocorrido, ainda que para isso tenha de produzir provas de ofício, uma vez que, em face da indisponibilidade dos interesses em jogo e ao caráter publicístico do processo, não se pode contentar apenas com a verdade formal.

e/ou de outros métodos insidiosos de coação do acusado, para que coopere com a acusação (*verbi gratia*, a delação premiada); onde a prisão processual perde suas características cautelares e passa a ser utilizada indiscriminadamente, para atender a uma suposta e muitas vezes indemonstrável *garantia da ordem pública*.

O surgimento dos chamados movimentos punitivistas, dentre os quais destacamos o *Law and Order*,² obviamente também faz seus estragos no campo do processo penal, enquanto instrumento necessário para a atuação do Direito Penal. Não se concebe que, partindo-se de uma ideologia repressiva e punitivista, se queira pensar seriamente em, por exemplo, resguardar a imparcialidade da jurisdição – maior meta do sistema acusatório – ou em tornar efetivas as garantias do acusado.

Não é necessário ir muito longe no tempo nem no espaço para se demonstrar a presença de tal *nefasta ideologia* no Brasil. O Código de Processo Penal, inspirado no Código Rocco Italiano (de 1930) – de índole sabida e inquestionavelmente fascista (THUMS, 2006, p. 281) –, conta com uma exposição de motivos na qual o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, disse, expressamente, a que veio:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquent. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogos de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se demonstrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código.³

E confirmando a opção pelo espírito do *sistema inquisitivo*, em que o juiz deve estar sempre a perseguir a *verdade real* para fins condenatórios, evitando-se a todo custo a pronúncia do *non liquet*, pontua-se alhures, na indigitada Exposição de Motivos:

² Trata-se de movimento de política criminal, que preconiza o Direito Penal máximo, altamente repressivo, como instrumento de controle social, a partir de leis mais duras. Apresenta-se como proposta antagônica aos movimentos liberais que defendem o Direito Penal mínimo, fragmentário e seletivo.

³ Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

Por outro lado, o juiz deixa de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe pareçam úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.⁴

Vê-se, pois, já de início, que a opção de nosso legislador ordinário pelo *sistema inquisitivo* foi escancarada. Cumpre, contudo, neste momento histórico em que vivemos, dar início a um processo de intensa *filtragem constitucional* da legislação, na busca de (re)adequação do processo penal ao sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal. E isso só será possível a partir de uma mudança de posição epistemológica, inspirada pelo desvelo de uma ideologia que muitos ainda supõem inexistente, acreditando, ingenuamente (ou não!) na *neutralidade* da norma processual.

3. Sistemas processuais

3.1 Escorço histórico

Na Antiguidade, a resolução dos conflitos realizava-se pelas mais variadas formas, desde a *composição* (entre o autor e a vítima) até a solução do *caso penal*, com atribuição de responsabilidade *pessoal* ou *coletiva*. A atribuição de responsabilidade liga-se à imposição de castigo, a que hoje denominamos sanção penal (PRADO, 2006). A tônica do medievo, na verdade, não era irracional. De uma forma (*composição*) ou de outra (*atribuição de responsabilidade com aplicação de castigo*), o objetivo era claro: *re-estabelecer a paz na tribo*. As formas compositivas não visavam determinar se o agente praticara o fato. Visavam, isto sim, à *pacificação do grupo*.

As primeiras tribos desconheciam métodos mais sistematizados de solução dos conflitos de interesses penais. As sociedades mais simples tendiam à concretização de seus direitos, havendo completa confusão entre o direito substantivo e o processual, bem como um sincretismo entre o Direito, a Moral e a Religião (PRADO, 2006, p. 70). Assim, caso um membro do grupo cometesse uma infração que não provocasse um dano irreparável, deveria este membro recompor o *status quo ante*, no escopo de conciliar os sujeitos envolvidos no conflito. Porém, caso fosse cometida uma infração que colocasse o clã em perigo, cabia a punição do agente para o restabelecimento da paz (PRADO, 2006, p. 70).

De qualquer modo, apontam na Grécia antiga as origens do *sistema acusatório*. No Direito grego, o sistema acusatório se desenvolveu em virtude da participação direta do povo no exercício da acusação, ressaltando-se que vigorava o sistema

⁴ Idem.

da *ação popular* para os delitos graves e a *acusação privada* para os delitos de menor gravidade (LOPES JUNIOR, 2007). Em Atenas, a acusação pública e popular realizava-se no Tribunal dos *Heliastas*, ou *Hélion*, assim denominado porque se reunia em praça pública, sob o sol (PRADO, 2006, p. 73). Havia, já então, uma nítida *separação* entre as *funções* de acusar e julgar.

No Direito romano, na Alta República, era possível visualizar as características centrais do sistema acusatório na *accusatio* (*judicium publicum* ou *quaestio*) direcionada aos *delicta publica* (LOPES JUNIOR, 2007, p. 59), tais como: separação das funções de acusar e julgar; adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*; presença do contraditório; publicidade dos julgamentos.

Com a necessidade de fortalecimento das monarquias, e com a união entre o Estado e a Igreja, surgiu, em meados do Século XII, a inquisição, adotando-se o *sistema inquisitivo* primeiramente com um caráter *extraordinário* – *cognitio extra ordinem* – e, posteriormente, ganhando força com as Constituições de Frederico II, com um caráter *ordinário*, especialmente a partir do século XVI, como nos ensina Ferrajoli (2002). A nova *cognitio* conferia amplos poderes ao magistrado, não só para investigar e colher as provas – podendo se valer, inclusive, da tortura – como também para o julgamento. Como argutamente observa Geraldo Prado, surgia a semente da inquisição, que mais tarde dominaria a Europa Continental (PRADO, 2006, p. 77).

A necessidade de concentração do poder do Papa implicou a implementação do *procedimento inquisitório*, tarefa desincumbida por Inocêncio III, em 1215, no *Concílio de Latrão* (PRADO, 2006, p. 80). Digno de nota, nesta seara, que no século XIII foi criado, na Espanha, o *Tribunal de Inquisição* ou *Santo Ofício*, que tinha por função, originariamente, o combate à heresia (crimes de consciência), e foi tido como o mais violento e cruel da Inquisição (LOPES JR., 2007, p. 64). Conforme destaca Aury Lopes, no momento histórico em que o cristianismo adquire o *status* de religião oficial do império, a questão se torna política, e o sistema inquisitivo deixa de ser adotado apenas no direito canônico e passa a ser utilizado de forma generalizada no processo penal (LOPES JUNIOR, 2007, p. 66).

3.2 As características do sistema inquisitivo

No sistema inquisitivo, as funções de acusar e julgar encontram-se concentradas no juiz, sendo certo que o réu é mero *objeto do processo*, e não sujeito de direitos. Como ensinava Frederico Marques (*apud* THUMS, 2006, p. 201), o sistema inquisitivo se apresenta quando o juiz, além de sua função de decidir, que lhe é própria, assume mais uma outra das restantes ou, na verdade, todas as outras.

O antigo sistema acusatório sucumbe no momento em que os magistrados passam a ter *poder de iniciativa processual*, abrindo-se campo para um sistema autoritário e inquisitório. Os *Tribunais Seculares* são utilizados progressivamente para o julgamento da heresia, havendo identificação dos conceitos de *delito* e *pecado*, o

que implica a expansão do sistema inquisitorial.

São notas características ou princípios do sistema inquisitivo: a concentração das funções de acusar e julgar; a total ausência de imparcialidade do julgador; a possibilidade irrestrita de produção de provas de ofício; a utilização da tortura para obtenção da confissão, considerada esta como a *rainha das provas (regina probatio)*; a inexistência do direito de defesa (*ou bem o réu é inocente e a Defesa é desnecessária, ou bem é culpado e não merece Defesa alguma*); o sigilo na prática dos atos processuais; a prisão provisória como regra geral, uma vez que o inquisidor necessitava dispor do acusado durante todo o tempo, para coagi-lo a confessar; a adoção do *sistema da prova legal ou tarifada*; a inexistência de coisa julgada (LOPES JUNIOR, 2007, p. 64-66).

O sistema inquisitivo representa a concentração de poder do soberano, sendo inerente ao *Estado Absolutista*, tendo prevalecido em toda a Europa Continental até o século XVIII. A idéia é de repressão máxima a quem infringiu a lei, por isso a ação é desencadeada pelo julgador, que pode se valer de quaisquer meios para a obtenção de provas (THUMS, 2006).

Note-se que o combate à *heresia* amplia o *rol dos culpáveis*, uma vez que qualquer fato pode ser classificado como crime, tomando-se por paradigma qualquer oposição ao *saber oficial*. Daí a extrema eficiência do sistema inquisitivo como instrumento de controle social. Foucault agudamente desvela o signo político do sistema inquisitivo, ao assinalar que o estabelecimento da verdade é um poder exclusivo dos soberanos, representados pelos juízes, tratando-se, o procedimento, de uma verdadeira *máquina de produzir a verdade*. Em termos de relações de poder, o sistema representa a vitória do Estado sobre o indivíduo. Nas palavras de Foucault (*apud* PRADO, 2006, p. 81): “O inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer”.

A tortura é amplamente utilizada e admitida, enquanto método de aquisição da verdade por meio da confissão, uma vez que se acreditava que a verdade está na *boca do réu*.

No sistema inquisitivo, o princípio da presunção de inocência é totalmente aniquilado, sendo aceitas *semicondenações* fulcradas em semiprovas, conforme se observa no *Manual dos Inquisidores – Directorium Inquisitorum* –, de autoria de Nicolau Eimerych (1993). Estabelece-se, para o juiz inquisidor, um *quadro mental paranóico*, porquanto a prova servia para demonstrar a correção da imputação formulada por ele próprio (LOPES JUNIOR, 2007, p. 78-80).

No final do século XVIII, com a eclosão da Revolução Francesa (1789) e do Iluminismo, e com as denúncias formuladas pelos mais importantes pensadores da ilustração (merecendo menção Montesquieu, Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), Voltaire, Alessandro Verri, Johan-Anselm von Feuerbach, Jean Paul

Marat, entre tantos outros), acerca da desumanidade, da irracionalidade e do caráter despótico do procedimento inquisitorial, supera-se, finalmente, o sistema inquisitivo enquanto modelo histórico, retomando-se, aos poucos, o sistema acusatório.

A instrumentalização dessa nova cultura se dá, especialmente, na separação das categorias do delito e do pecado – verdadeiro postulado secularizador – tarefa desincumbida pelo liberalismo penal da chamada *Escola Clássica*,⁵ que lançou os fundamentos do Direito Penal contemporâneo (GOMES, 2007). A luta pela erradicação da tortura, como meio de prova, e da pena de morte, como punição, apresenta-se como principal *causa* do humanismo da ilustração. As intervenções corporais e psicológicas típicas do Medievo deixam de ser aceitas, especialmente em razão de seu desvelado irracionalismo. Nesse lance, calha à fiveteira a lição de Foucault (2006, p. 63):

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos chaires de doléances e entre os legisladores das assembléias. É preciso punir de outro modo: eliminar esta confrontação entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do suplicado e do carrasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável. Revoltante, visto da perspectiva do povo, onde ele revela a tirania, o excesso, a sede de vingança e o “cruel prazer de punir”. Vergonhoso, considerado da perspectiva da vítima, reduzida ao desespero e da qual ainda se espera que bendiga “o céu e seus juizes por quem parece abandonada”. Perigoso de qualquer modo, pelo apoio que nele encontram, uma contra a outra, a violência do rei e do povo.

E arremata alhures o filósofo francês:

Chegará o dia, no século XIX, em que esse ‘homem’, descoberto no criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas – ‘penitenciárias’, ‘criminológicas’. Mas, nessa época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite do direito, como fronteira legítima do poder de punir.

Realmente, o resgate do indivíduo e da dignidade da pessoa humana, proposto pelo *iluminismo*, revelava-se incompatível com um sistema fundado na tortura e no total desrespeito aos direitos mais mezinhas do acusado, como o contraditório e a defesa.

⁵ A chamada “Escola Clássica”, a partir do ideário da ilustração, representou uma revolução dogmática no Direito Penal, ao romper com o sistema penal do Antigo Regime – arbitrário e de penas cruéis –, propondo um Direito Penal fincado nos pilares do *humanismo*, do *legalismo* e do *individualismo*.

Ainda na atualidade, como veremos, o sistema inquisitivo se apresenta com outra roupagem (mais insidiosa, porém oficial), permitindo o contraditório e a ampla defesa (típicos do sistema acusatório), mas conferindo ao juiz o *poder de produção de provas de ofício* (núcleo fundante do sistema inquisitivo) e, até mesmo, de modificar substancialmente a acusação (*mutatio libelli*).⁶

O sistema inquisitivo conserva o princípio fundante baseado no poder do juiz de *chegar à verdade*. Possui concepção ontológica ou substancialista do desvio penal (FERRAJOLI, 2002, p. 38, 51-52), que considera a pessoa em si como sujeito mal, e não a transgressão. A epistemologia inquisitiva é irremediavelmente antigarantista, sendo, já por esta singela razão, incompatível com o sistema processual de um Estado democrático (FERRAJOLI, 2002, p. 35).

3.3 O sistema misto

No caso do sistema inquisitivo, surge, com o *Código Napoleônico*, o chamado *Sistema Misto*, denominado por Voltaire de *monstro, nascido da junção entre os processos acusatório e inquisitório*, com prevalência inquisitória na primeira fase e acusatória na segunda, o qual foi difundido em praticamente toda a Europa (PRADO, 2006, p. 92).

O *sistema misto* se caracteriza, essencialmente, pela presidência da investigação ou *instrução preliminar* por um juiz de direito (juiz instrutor), sendo que o juiz do processo é distinto deste (PRADO, 2006, p. 93). Na Itália, por exemplo, o *Código Rocco*, de 1930, adotou o sistema misto, sendo oportuno repisar que foi este o grande inspirador do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, onde se adota o sistema inquisitivo na fase de investigação, ainda que não presidida esta por um juiz de direito. Ressalte-se que o *Código Rocco* foi substituído em 1988, modificando-se a investigação preliminar (*indagini preliminari*), que passou a ser conduzida pelo Ministério Público e pela Polícia, e não mais pelo juiz de instrução (PRADO, 2006, p. 96).

Na França, o *Code de Procédure Penale*, que entrou em vigor em 1959, manteve a figura do juiz instrutor na fase preliminar, conferindo ao Ministério Público a prerrogativa de deflagrar a ação penal (PRADO, 2006, p. 96). Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* também adotou o sistema misto, destacando-se que a ação penal pode ser promovida pelo Ministério Público ou por qualquer cidadão (ação penal popular) (PRADO, 2006, p. 93).

A crítica certa ao sistema misto é formulada por Jacinto de Miranda Coutinho (*apud* THUMS, 2006, p. 204), o qual leciona: “Não é preciso grande esforço para entender que não há – nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema”.

⁶ O artigo 384, *caput*, do CPP, autoriza o juiz a modificar a acusação independentemente de aditamento, desde que surja, na instrução, prova de circunstância elementar não contida na denúncia ou na queixa e desde que a pena da nova infração não seja superior a da infração capitulada na inicial. A isto se denomina *mutatio libelli*, destacando-se que o aditamento só é exigível na forma do parágrafo único do artigo 384.

3.4 Características do sistema acusatório

Princípio por anotar que a Constituição Federal de 1988, ao atribuir a iniciativa da ação penal pública exclusivamente ao Ministério Público (artigo 129, I) e ao erigir a imparcialidade da Jurisdição como garantia fundamental, fez clara opção pelo sistema acusatório, devendo a ele se adequar a legislação ordinária. Ferrajoli (2002, p. 564) assim define o sistema acusatório:

[...] se pode chamar acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua convicção.

São notas fundamentais do sistema acusatório: a separação das funções de acusar e julgar (princípio acusatório); a imparcialidade do juiz; a vedação da tortura; a elevação do acusado ao *status* de sujeito de direitos; a gestão das provas pelas partes; o contraditório e a ampla defesa; a publicidade dos atos processuais; a identidade física do juiz e a oralidade.

Como assinala Geraldo Prado, reportando-se a Franco Cordero e James Goldschmidt, são as regras do jogo que distinguem o processo inquisitivo do acusatório (PRADO, 2006, p. 104). No primeiro, o que importa é o resultado, porquanto seu objetivo central é a atuação do direito material. No último, o que importa são as regras do jogo, uma vez que o objetivo é a defesa dos direitos fundamentais do réu em face do arbítrio do poder de punir.

É nota essencial, portanto, do sistema acusatório o *afastamento do julgador das atividades típicas das partes*, devendo o primeiro assumir uma posição de *expectador desinteressado*. Para que isso aconteça, impõe-se que a *gestão da prova* esteja nas mãos das partes, proibindo-se a produção de provas de ofício pelo julgador, no escopo de se preservar sua necessária *imparcialidade*, que, aliás, é o objetivo primordial do sistema acusatório.

3.5. A gestão da prova como núcleo fundante dos sistemas

Se é fato incontestável que uma das principais diferenças entre os sistemas acusatório e inquisitivo diz para com a *separação das funções de julgar e acusar*, isso não significa que tal separação, a que se denomina *princípio acusatório*, seja suficiente para identificar um *sistema* como *verdadeiramente acusatório*. Obviamente, não se concebe um sistema acusatório sem a separação de tais funções. Porém, isso não é o bastante.

Parte da doutrina preconiza que uma das características fundamentais do sistema acusatório é a *gestão da prova exclusivamente pelas partes*, impondo-se ao juiz

uma função de *expectador inerte e eqüidistante*. Porém, a doutrina tradicional, e ainda amplamente predominante no Brasil (Grinover (2005), Mirabete (2007), Marco Antônio de Barros (2002), entre tantos outros), defende que a gestão da prova apenas pode ser utilizada enquanto critério de distinção entre os sistemas adversarial (*adversarial system* – do direito anglo-saxão) e inquisitorial (*inquisitorial system* – que prevalece na Europa Continental e no Brasil). Grinover, por exemplo, sustenta que a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício não transforma o sistema processual em inquisitivo, uma vez que tal poder é compatível com o sistema acusatório e com a inércia da jurisdição. Para a processualista paulista, o caráter publicístico do processo, cujo fim seria a *pacificação social*, impõe ao juiz que assuma um papel de verdadeiro *ator*, devendo suprir a eventual inércia das partes no que toca à produção de provas, para fins de se atingir um juízo mais próximo possível da *verdade*. Os trechos da lição de Grinover (2005, p. 15-26), adiante reproduzidos, bem resumem a posição da doutrina tradicional:

Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social. O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par conditio. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

Vê-se, pois, que a discussão toda se centraliza na seguinte indagação: a *gestão da prova* é – ou não – um dos critérios fundantes do sistema inquisitivo ou acusatório?

Seguindo os ensinamentos de Franco Cordero, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Ferrajoli, Aury Lopes, Geraldo Prado, Gilberto Thums, entre tantos outros, pensamos que a resposta deve ser afirmativa, uma vez que a retirada de poderes instrutórios das mãos do juiz afigura-se imprescindível para o resguardo de sua necessária *imparcialidade*. No exato momento em que o juiz parte à procura de uma prova, nada mais está a fazer do que procurar demonstrar uma *hipótese* por ele mesmo criada como possível, ao que se denomina *primazia da hipótese sobre o fato*. Ao fazê-lo, o juiz assume um dos lados, sendo que, *em regra*, a queda é para o *lado da acusação*, uma vez que para a absolvição, basta que se proclame a *dúvida*.

Toda a justificativa de tal postura ativa do juiz parte do mito de que este pode e deve alcançar, para julgar, a *verdade real*. Tal mito tem origem no sistema inquisitivo e representa uma *ideologia de justificação do poder* (LOPES JUNIOR, 2007, p. 72). Passemos à análise do mito da *verdade real* e, em seguida, de suas influências na legislação processual.

3.6. O mito da verdade real

Como sintetiza, com propriedade, Gilberto Thums, “[...] procura-se iniciar a análise do tema sobre a verdade, como valor do conhecimento humano, com a afirmação de que “não existe nenhuma verdade”, absolutamente nenhuma, porque o mundo não é real” (THUMS, 2006, p. 182). Einstein já advertia que a *verdade tem um prazo de validade*, o que está a demonstrar, *verdadeiramente*, que a verdade não existe.

Segundo Ferrajoli, o sistema processual inquisitivo, de epistemologia *antigarantista*, é informado por dois elementos: a) uma *concepção ontológica ou substancialista do desvio penal*, segundo a qual o objeto do conhecimento não é apenas o delito enquanto formalmente previsto em lei, mas o desvio penal enquanto em si mesmo imoral ou anti-social e, para além dele, a *pessoa do delinqüente*, de cuja maldade o delito é consequência; e b) no *subjativismo inquisitivo*, no qual o juízo é potestativo, em vez de cognitivo (FERRAJOLI, 2002, p. 37). Para o autor, a *verdade* a que aspira o modelo substancialista (antigarantista) é a chamada *material* ou *substancial*, ou seja, *absoluta* e *onicompreensiva*, carente de limites e confins legais, alcançável por *qualquer meio*. Ao contrário, a *verdade* perseguida pelo modelo formalista (garantista) é a *formal* ou *processual*, alcançada pelo respeito às regras do jogo; mais controlada quanto aos meios de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

O grande problema da *verdade real*, além de seu caráter mitológico, diz para com a *captura psicológica do julgador*, que parte, *paranoicamente*, em busca dessa verdade, deixando a inércia, com grave prejuízo para sua necessária *imparcialidade* (LOPES JUNIOR, 2007, p. 75).

Ora, o processo, enquanto instrumento de reconstrução histórica de um fato, comporta, ao menos, duas *versões antagônicas*, devendo o julgador optar por aquela que creia ser mais verossímil, baseado nas provas legitimamente produzidas pelas partes. A verdade que se produz é, portanto, meramente *formal*, porquanto fundada em provas acerca de um fato histórico, que não são, (e jamais serão), aptas a *reproduzi-lo*. O processo não é um instrumento de produção *da verdade*, senão *das verdades* – veja-se que, em sentido formal, podemos falar em mais de uma verdade –, devendo o juiz optar por uma delas, fazendo-o imparcialmente, uma vez que tanto interessa ao Estado a absolvição quanto a condenação do acusado.

Vê-se, assim, que o que se busca, no processo, é a *certeza*, sendo esta, segundo lição clássica de Malatesta (1995), nada mais do que uma crença de que uma determinada concepção ideológica está de acordo (conforme) com o que ocorreu. Para que haja uma condenação penal, basta a formação de tal *certeza subjetiva*, fundada, inegavelmente, em *juízos de verossimilhança* ou *alta probabilidade*, uma vez que a verdade real é inatingível. A *certeza* é exigida no sentido de garantia do acusado em face da atuação do *jus puniendi*, mas não pode ser confundida com a *verdade*, uma vez que no processo só é possível a produção de uma verdade histórica, reconstruída e formal (não substancial).

Para Ferrajoli (2002, p. 42), a condenação deve se assentar na *verdade histórica* ou *processual*, sendo esta uma verdade meramente aproximativa, assim definida pelo jurista:

A verdade de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de “aproximação” ou ‘acercamento’ da verdade objetiva, entendida como um modelo ou uma “idéia reguladora” que “somos incapazes de igualar”, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior poder de explicação e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.

Note-se que, por evidente, não estamos apregoando uma redução das garantias no que toca aos requisitos necessários para uma condenação penal. Estamos, tão-somente, tentando demonstrar que é um grave erro epistemológico crer que, para condenar, o juiz tem de estar no poder da *verdade real*, visto que, para o homem, esta se constitui em um excesso epistemológico.

A condenação, portanto, há de se sedimentar na *certeza* (MALATESTA, 1995) ou na *verdade processual, formal e aproximativa* (FERRAJOLI, 2002, p. 38), produzidas com estrito *respeito às regras do jogo*. Impõe-se, pois, afastar a influência ideológica da verdade real sobre o processo penal, para que possamos impor limites à atividade jurisdicional, consentâneos com o sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal.

4. Das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal

Uma vez assumida uma opção epistemológica garantista, cumpre-nos, agora, identificar as normas processuais violadoras do sistema acusatório, no escopo de se argüir a inconstitucionalidade dessas.

4.1. As influências do dogma da verdade real na legislação processual e as conseqüentes violações do *sistema acusatório*

Não é nem um pouco difícil desvelar o espírito inquisitivo do Código de Processo Penal de 1941, plágio infeliz do Código Italiano (Rocco) de 1930 (OLIVEIRA, 2005, p. 5). A breve citação de trechos da Exposição de Motivos, realizada alhures, já revela que a preocupação central do legislador foi para com a *eficiência*, traduzida esta como a punição dos criminosos. Tal espírito inquisitorial desvela-se, essencialmente, nos dispositivos que conferem poderes instrutórios ao juiz (*verbi gratia*, artigo 156 do Código de Processo Penal) – sobretudo para evitar o pronunciamento do *non liquet*, conforme explicita, na Exposição de Motivos, o Min. Francisco Campos – e noutros que atribuem ao julgador o poder de *innovar ou alterar* a acusação (*mutatio libelli*), de condenar em caso de formulação de pedido absolutório pelo Ministério Público, bem como de iniciar outra etapa do processo de ofício (recurso de ofício – artigo 574, I e II, do Código de Processo Penal). Passemos à análise de tais normas.

4.2. A atribuição de poderes instrutórios ao juiz

O artigo 156 do Código de Processo Penal, como é sabido, atribui poderes instrutórios ao juiz, dispondo, expressamente: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”⁷ A justificativa para tanto é apresentada na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, a qual explicita o objetivo de suprir eventual omissão das partes na atividade de comprovar suas alegações. Novamente aludo à Exposição de Motivos:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.⁸

A última parte da citação já denota o objetivo: as fontes de prova devem e podem ser exploradas de ofício para fins de evitar a absolvição pela dúvida! A índole inquisitorial é tão evidente que parece inacreditável que parte da doutrina ainda não veja qualquer comprometimento da imparcialidade por ocasião da produção de provas de ofício.

Ora, se, para absolver, basta a *dúvida* e se, para o Estado-Juiz, a *absolvição interessa tanto quanto a condenação*, é irrefutável que, no momento em que parte à *procura de provas*, o juiz está *descendo* para o lado da acusação, fulminando sua

⁷ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

⁸ Idem.

imparcialidade. O juiz não precisa buscar provas para absolver; por isso, quando as busca, no fundo o faz para confirmar uma *hipótese condenatória*, por ele mentalmente criada como possível. É a *primazia da hipótese sobre o fato*.

Ora, se a imparcialidade é a preocupação central do sistema acusatório – que para atingi-la separou as funções de acusar e julgar –, afigura-se evidente que a *gestão da prova* também compõe o *núcleo fundante* do sistema. A *tarefa* de produzir provas deve ser atribuída *exclusivamente* às partes, uma vez que atribuí-la ao juiz desvela a prevalência do interesse de punir sobre o de assegurar os direitos fundamentais do acusado. E se a Constituição Federal adotou, como vimos, o sistema acusatório, a veia inquisitiva do Código de Processo Penal deve ser secada, proibindo-se, de uma vez por todas, a produção de provas de ofício pelo juiz. Somente assim, a partir dessa necessária filtragem constitucional, que implica a proclamação da invalidade dos dispositivos que conferem poderes instrutórios ao juiz, é que poderemos afirmar que vivemos em um sistema *verdadeiramente acusatório*. Somente assim teremos um processo penal essencialmente garantista, voltado para a tutela dos direitos fundamentais do réu, em que a imparcialidade do julgador é assegurada materialmente, e não apenas formalmente.

4.3. Da autorização para o início do procedimento sumário de ofício

A mais flagrante violação do sistema acusatório no âmbito do Código de Processo Penal se dá no artigo 531, que atribui ao juiz o poder de iniciar o processo penal sumário de ofício, independentemente de qualquer acusação formal (OLIVEIRA, 2005, p. 498). Felizmente, não há, aqui, necessidade de uma análise mais exaustiva, porquanto a doutrina é unânime em sustentar a inconstitucionalidade do dispositivo, que colide frontalmente com o artigo 129, I, da CF – onde se atribui a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público – bem como com a regra básica do sistema acusatório, qual seja, *nemo proceat judex ex officio; nemo iudicio sine actore*.

Nem tudo, porém, é tão facilmente perceptível. Há regras mais insidiosas – como o já analisado artigo 156 do CPP – que ainda provocam intenso debate na doutrina. Identifiquemo-las, pois.

4.4 Do recurso de ofício

O artigo 574, I e II, do Código de Processo Penal institui o denominado *recurso de ofício*. Recurso de ofício, diga-se de pronto, recurso não é, porquanto este se define como um meio voluntário de impugnação de decisão, sendo a voluntariedade sua nota essencial. Diz-se, com propriedade, que trata-se, o *recurso de ofício*, de hipótese de *reexame necessário* da decisão. De qualquer modo, é inegável que o *recurso de ofício* distende, e sem a iniciativa de qualquer das partes, a relação processual, provocando uma atuação jurisdicional (ainda que de segundo grau) de ofício.

Para além da óbvia violação da parêmia *ne procedat iudex ex officio*, impende observar que as hipóteses de recurso de ofício tutelam, sempre e indistintamente, *interesses da acusação*. É o que se dá no que toca ao recurso de ofício da absolvição sumária, por exemplo. Sustenta-se que o objetivo da previsão do reexame, nesse caso, é o de preservar a competência do júri. Nada obstante, o júri é, em essência, uma *garantia individual do réu* – tanto que inserido no rol do artigo 5º da Constituição Federal –, não sendo de se vislumbrar violação de garantia do acusado em virtude de sua antecipada absolvição pelo Estado-Juiz. De outra banda, a decisão já é passível de impugnação pela via do recurso em sentido estrito (artigo 581, IV, do Código de Processo Penal), que pode ser manejado voluntariamente pela acusação. A exigência do reexame desvela uma desconfiança apriorística do legislador para com o órgão constitucionalmente incumbido da tarefa acusatória, deslocando o juiz para uma posição de *soldado de reserva*, conferindo-lhe a missão de último garantidor da pretensão acusatória.

Na decisão concessiva de *habeas corpus* do juiz singular também se exige o *recurso de ofício*. Aqui, o espírito inquisitivo desvela-se mais intensamente. Ora, a liberdade do réu, em um sistema processual garantista, fundado na presunção de inocência, deve ser a regra, não havendo qualquer razão para a revisão, pelo juízo *ad quem*, da concessão do remédio constitucional. Note-se que da decisão também cabe recurso por parte do Ministério Público (artigo 581, X, do Código de Processo Penal), nada justificando a atuação da jurisdição sem provocação (OLIVEIRA, 2005, p. 635).

Outra questão que aqui se coloca é a da possibilidade de ocorrência de *reformatio in pejus* sem que haja recurso da acusação. Ora, se não se admite a *reformatio in pejus* em se tratando de recurso exclusivo da defesa (PENTEADO, 2006), é de se indagar o porquê da admissibilidade de tal resultado à míngua de recurso voluntário da acusação; porquanto, a questão fundamental é a mesma, qual seja: não permitir o agravamento da situação processual do réu sem que haja pedido expresso da acusação, formulado através do recurso.

Em síntese, é fácil concluir que as previsões do recurso de ofício nada mais fazem senão tutelar interesses da própria acusação e permitir a atuação jurisdicional de ofício, violando o princípio acusatório, que se sustenta sobre a inércia da jurisdição.

4.5. Da inexistência do princípio da identidade física no Processo Penal brasileiro e da conseqüente ofensa à oralidade

O Código de Processo Penal, como se sabe, não adotou o princípio da *identidade física* do juiz, o que causa danos à garantia da *oralidade*, inerente ao sistema acusatório, como já destacamos.

O contato imediato do juiz com as provas e o diálogo constante e direto do julgador com as partes compõem a essência da garantia da *oralidade*. Na medida em que os atos processuais são reduzidos a *termos escritos*, e que o juiz a quem competirá proferir a sentença pode ser outro que não participou da instrução, não há como

sustentar que a oralidade surtiu seus efeitos principais. Como adverte Geraldo Prado, a forma escrita subtrai o contato do juiz com o acusado e as testemunhas. Arremata, ainda, o ilustre processualista: “A oralidade converte-se em condição de participação efetiva no processo. Sem a mediação da forma escrita o acusado poderá se fazer ouvir, a vítima e as testemunhas também, e as decisões não terão como se ocultar em linguagem estranha à vida cotidiana” (PRADO, 2006, p. 157).

Urge, portanto, propugnar por reforma legislativa, de modo a que se adote, no âmbito do processo penal, o princípio da *identidade física* do juiz, como instrumento necessário para a efetivação da oralidade, inerente ao sistema acusatório.

4.6. Da possibilidade de condenação na Ação Penal Pública, em hipótese na qual o Ministério Público postulou a absolvição

O artigo 385 do Código de Processo Penal, tido por parte da doutrina como corolário natural do princípio da *indisponibilidade*, autoriza o juiz a proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha pleiteado a absolvição. Ocorre que tal regra também consiste em uma evidente violação ao sistema acusatório.

Geraldo Prado argutamente observa que a questão fundamental, nesta seara, diz para com o respeito à garantia do *contraditório* (PRADO, 2006, p. 112). Ora, se o Ministério Público postulou a absolvição do acusado, o juiz, para condenar, terá de valer-se de *argumentos que não foram objeto do contraditório*, restando violada a garantia constitucional inserida no artigo 5º, LV, da CF. Realmente, ao pleitear a absolvição, o acusador subtrai do debate contraditório a matéria probatória produzida na instrução, inviabilizando uma resposta eficaz da defesa. Tal não se dará, contudo, na hipótese de atuação do assistente da acusação e caso este tenha formulado pedido de condenação. Nessa situação, o contraditório estará assegurado, obviamente.

Assim, em resumo, temos que, caso o Ministério Público requeira, em sede de alegações finais, a absolvição do réu, outra alternativa legítima não restará ao juiz senão a de proferir sentença absolutória, sob pena de violação da garantia do contraditório.

Partindo de outro enfoque, Lopes Junior (2007, p. 109) também sustenta que, em havendo pleito absolutório formulado pelo Ministério Público, o juiz a ele está vinculado. Isso se dá porque o poder de penar – que é do juiz – está condicionado à existência de uma *pretensão acusatória*. Importante aludir à lição do processualista paranaense:

Sem embargo de tais limitações, entendemos que se o MP pedir a absolvição (já que não pode desistir da ação) a ela está vinculado o Juiz. O poder punitivo está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não-

exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, *não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação*, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo.

Por um motivo – *violação ao contraditório* – ou por outro – *ausência de acusação* – chegamos à mesma conclusão, qual seja, a de que o pleito absolutório do Ministério Público deve vincular o juiz, para se resguardar a essência do sistema acusatório.

4.7. Da *mutatio libelli*

Em outro dispositivo de espírito inquisitorial, o Código de Processo Penal autoriza ao juiz que modifique substancialmente a acusação, violando a parêmia *ne procedat iudex ex officio* e, conseqüentemente, o sistema acusatório.

O artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal, que cuida da *mutatio libelli*, concede ao juiz o poder de alterar substancialmente o fato imputado na denúncia, modificando a acusação sem a necessidade de qualquer aditamento. Isso se dá nos casos em que a pena cominada para a nova infração – imputada pelo JUIZ! – seja igual ou inferior à pena da infração articulada na exordial. Não é preciso muito esforço para se compreender que, ao aplicar o disposto no artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal, o juiz está *formulando uma nova acusação*, assumindo uma função que lhe é totalmente estranha, qual seja, a de *acusar*. Há flagrante violação do *due process of law*, na medida em que o réu poderá ser condenado – e muito provavelmente o será – por fato do qual não foi *acusado*. Aliás, acusado até foi, mas não por aquele que poderia legitimamente fazê-lo (Ministério Público ou ofendido). O *adversário* do réu passa a ser o próprio julgador, tornando-se impossível e ineficaz a realização do contraditório. Novamente socorro-me da precisa lição de Prado (2006, p. 152):

O foco no poder de definição do crime imputado ao réu e o tratamento dispensado à matéria pelo Código de Processo Penal brasileiro de 1941, inspirado no Código Rocco, demonstram que a manipulação das funções processuais para atribuir ao juiz atividade de parte autora, com independência da gestão da prova, encarna a política criminal da inquisitorialidade.

A violação ao princípio da correlação ou congruência entre a sentença e o pedido, na *mutatio libelli*, é manifesta e inquestionável. O equívoco na descrição da causa de pedir só pode ser corrigido pelo Acusador, através do necessário *aditamento* da inicial, que provocará a reabertura da instrução, inclusive com oportunidade de novo interrogatório do acusado.

Felizmente, boa parte da doutrina atual vem sustentando a inconstitucionalidade do artigo 384 do CPP, sob os fundamentos de violação do sistema acusatório e do princípio da inércia da jurisdição. Contudo, a jurisprudência, sobretudo dos Tribunais

Superiores, parece ainda não ter despertado para isso, admitindo a aplicação da *mutatio libelli* sem maiores questionamentos, conforme corretamente observa Oliveira (2005, p. 9):

Em primeiro lugar, nenhum tribunal até hoje se levantou contra a *mutatio libelli* do artigo 384 do CPP, no qual se permite uma alteração substancial da peça acusatória, a partir de fatos e/ou circunstâncias que o juiz considere provados na instrução criminal. Assim, uma nova acusação é formulada pelo próprio juiz, com a agravante de já significar uma antecipação da valoração que ele estará fazendo do material probatório já produzido.

Em arremate, assinalo que o Projeto de Lei nº 4.207/2001 propõe alterações no instituto da *mutatio libelli*, conferindo atribuição exclusiva ao Ministério Público para a alteração da acusação, em razão do surgimento de nova elementar no curso da instrução. A reforma legislativa vem em muito boa hora, na medida em que resgata a essência do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal, retirando do juiz o poder de alterar substancialmente a denúncia ou a queixa e de promover, de ofício, uma nova acusação.

4.8. Do artigo 28 do CPP e do indevido controle do exercício da ação penal pelo Judiciário

O artigo 28 do CPP estabelece, indiscutivelmente, uma regra de controle jurisdicional, ainda que não absoluto, do exercício da ação penal pública. Não absoluto, pois, como se sabe, a discordância do juiz com o pleito de arquivamento formulado pelo promotor de Justiça (ou pelo procurador da República) será apreciada, em última instância, pelo chefe da instituição, a quem compete a última palavra. É dizer, insistindo no arquivamento, nada restará ao juiz senão atender à determinação do chefe do Ministério Público.

Que o juiz não possa discordar do pleito de arquivamento, formulado pela chefia do *Parquet*, afigura-se natural. Porquanto, em um sistema acusatório, não se admite, em hipótese nenhuma, a instauração de processo penal de ofício por aquele a quem compete proferir o julgamento. Mas já se vê o fenômeno mais agudamente, no sentido de que o próprio controle do exercício da ação, autorizado pelo artigo 28 do CPP, representa uma violação do princípio acusatório.

Primeiramente, cumpre destacar, com apoio no magistério de Choukr (2006), que a origem histórica do artigo 28 remonta ao tempo em que o Ministério Público era uma instituição frágil, destituída de autonomia, até mesmo porque o procurador-geral da República era demissível *ad nutum*. Porém, a partir da Constituição Federal de 1988, que conferiu autonomia plena à instituição do Ministério Público, bem assim conferiu garantias fundamentais a seus membros, tais como a independência funcional, a inamovibilidade e a vitaliciedade, a indigitada justificativa histórica já não mais se apresenta.

De outra banda, reconhecida a autonomia e a independência do Ministério Público, e sendo conferida a este, em caráter exclusivo, a promoção da ação penal pública, nada justifica a intervenção de outro poder, cuja função é a de julgar, na etapa anterior ao exercício da ação penal.

Obviamente, não sustentamos que o controle não deva existir, uma vez que em nosso sistema prevalece o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Contudo, deve esse controle ser inteiramente realizado *interna corporis*, no âmbito da própria instituição. Nesse sentido, socorro-me, uma vez mais, dos ensinamentos de Prado (2006, p. 119):

Esta é, também, a razão por que há de ser prestigiada a autonomia do acusado (Ministério Público ou ofendido), até mesmo no que respeita à convicção da ausência de suporte mínimo probatório ou da presença de algum fator juridicamente inibidor da propositura da ação penal. Assim, o juiz fica excluído, por imperativo lógico, da tarefa de controlar o princípio processual da obrigatoriedade, quando exigível, nos casos de não exercício da ação penal.

É perfeitamente possível aparelhar e estruturar o Conselho Superior do Ministério Público para o desempenho de tal mister, como já ocorre no tocante ao arquivamento do inquérito civil, *verbi gratia*.

O artigo 28 do CPP, ao imiscuir o juiz no papel de controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, viola, pois, o sistema acusatório, porquanto confere tal tarefa a um órgão que deve permanecer desinteressado e afastado do fato delituoso até que seja formalmente provocado com a promoção da ação. O espírito inquisitivo da regra revela-se evidente, pois demonstra uma desconfiança para com o órgão constitucionalmente incumbido da tarefa de promover a ação penal pública.

Por fim, e isto nos parece absolutamente inquestionável, a admitir-se a validade do artigo 28 perante a Constituição Federal, deveria, ao menos, afastar-se o juiz do eventual processo instaurado, em face da óbvia incompatibilidade, violadora da garantia da imparcialidade. Basta ver, à guisa de exemplo, que caso o juiz tenha discordado de pleito de arquivamento fundamentado na atipicidade do fato, esta não poderá ser uma tese desenvolvida pela defesa de forma eficiente, já que o julgador proferiu decisão de mérito sobre a matéria, a qual dificilmente se modificará por ocasião da sentença.

Tudo isso remonta ao objetivo central do sistema acusatório, qual seja, o de assegurar a imparcialidade da jurisdição. O exercício de funções próprias da acusação, sejam elas de controle, de instauração do processo, instrutórias, ou de inauguração de fase recursal, implica, em maior ou menor grau, violação do sistema acusatório, devendo, pois, ser coibido.

5. Conclusão

O processo nada mais é do que um *instrumento artificial de contenção de poder*, e não um instrumento de descobrimento de uma inalcançável *verdade real*, nem tampouco, e menos ainda, de implementação de políticas de segurança pública. Enquanto *instrumento de contenção de poder*, o objetivo central do processo deve ser a preocupação para com a legitimidade e licitude dos *meios*, e não para com os *fins* a serem alcançados. Essa é uma premissa essencialmente garantística, na medida em que, para o *Garantismo*, os fins jamais justificam os meios. O que importa, em síntese, é o *respeito às regras do jogo*. E para que haja *respeito às regras do jogo*, necessita-se de um juiz *imparcial, eqüidistante, expectador* (e não ator), não envolvido com as tarefas atribuídas às partes, e preocupado, sobretudo, em assegurar o exercício das garantias fundamentais do acusado (*instrumentalidade constitucional do processo*).

Bem por isso a *gestão da prova* deve ser atribuída *exclusivamente às partes*, não se admitindo a produção de provas de ofício pelo juiz. Conferir poderes instrutórios ao juiz representa um retorno ao Medievo e desvela uma filosofia indistigavelmente inquisitiva (FERRAJOLI, 2002, p. 38), que fulmina a imparcialidade do julgador (garantia da jurisdição), sendo esta última a finalidade crucial do sistema acusatório.

Pelas mesmas razões, a tarefa de acusar deve ser acometida exclusivamente ao Ministério Público e ao ofendido (nas ações de iniciativa privada), não se admitindo a alteração do objeto do processo pelo juiz (*mutatio libelli*), ainda que o preço para tanto seja a pronúncia do *non liquet*.

A *inércia da jurisdição*, como corolário da *imparcialidade*, deve ser observada sem qualquer exceção, o que implica o reconhecimento da inconstitucionalidade das hipóteses legais de *recurso de ofício*, existentes, essencialmente, em virtude de uma visão de desconfiança para com o órgão incumbido da acusação, deslocando-se o juiz para uma posição de tutela da própria *pretensão acusatória*, quebrando-se o princípio acusatório.

Ainda em respeito às garantias do contraditório, da imparcialidade e da inércia da jurisdição, o desate condenatório deve estar condicionado ao exercício da pretensão acusatória em todas as fases do processo, especialmente no momento das alegações finais, não havendo espaço para a condenação nas hipóteses em que o Ministério Público tenha formulado pedido de absolvição. Em outras palavras, a garantia da efetivação do sistema acusatório deve prevalecer, quando em choque, sobre o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

A integral garantia da *oralidade*, através da implementação, no processo penal, do princípio da identidade física do juiz, também deve ser urgentemente efetivada, porquanto inerente ao sistema acusatório.

O controle do exercício da ação penal deve ser realizado no seio do próprio Ministério Público, sem qualquer interferência do Poder Judiciário, no escopo de se assegurar a imparcialidade do órgão jurisdicional.

Enfim, somente no solo de um sistema verdadeiramente acusatório é que pode vingar um processo penal substancialmente democrático. Daí o porquê da premente necessidade de identificação e filtragem constitucional das normas processuais violadoras do sistema acusatório, diuturna e lamentavelmente aplicadas sem maiores questionamentos. ♦

6. Referências bibliográficas

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2.ed. Brasília: Rosa dos Tempos, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FEITOSA, Denilson. *Direito processual penal: teoria crítica e práxis*. 3.ed. Niterói: Impetus, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 30.ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

GOLDSHIMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa probatória do juiz no processo penal. *Revista Nacional do Conselho de Política Criminal*, Brasília, v.1, p. 15-26, jan./jun.2005.

_____ et al. *Recursos no processo penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino Del. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Conan, 1995.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais, tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.